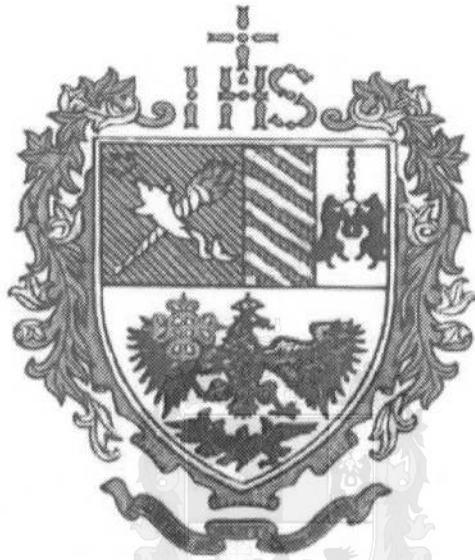


UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

*Facultad de Ciencias Jurídicas*



**DISCRECIONALIDAD  
ADMINISTRATIVA Y  
TRIBUTARIA**

-TESIS DOCTORAL-

Doctorando: JUAN GUSTAVO CORVALAN

*Proyecto de tesis aprobado por Resolución 163/2010*

Director de Tesis: Juan Carlos Cassagne



USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

# Índice General

SECCIÓN 1º .....	5
CAPÍTULO I.....	5
PLANTEO DEL PROBLEMA .....	5
CAPÍTULO II.....	9
PRESUPUESTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES .....	9
A) SOBERANÍA Y ESTADO CONSTITUCIONAL .....	9
§1. Introducción .....	9
§2. La soberanía estatal .....	10
a) La clásica concepción de la soberanía estatal .....	12
b) La “decadencia” de la soberanía clásica.....	16
c) Hacia una articulación racional de la soberanía con el Estado constitucional de derecho.....	19
d) La “soberanía compartida” en Argentina.....	25
e) Soberanía, poder discrecional y margen de apreciación nacional.....	31
f) Conclusiones preliminares.....	34
B) DIVISIÓN DE PODERES Y ESTADO CONSTITUCIONAL .....	35
§3. El principio de división de poderes.....	35
a) Aproximación conceptual.....	35
§4La postura actual de la CSJN para “hacer compatible la división de poderes con la discrecionalidad” .....	55
§5. Sinopsis y conclusiones preliminares.....	59
C) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTRATIFICACIÓN DE LA JURIDICIDAD .....	61
§ 6. El principio de legalidad y el fenómeno de la “estratificación” de la juridicidad .....	61
a) Las dimensiones que conforman el Estado constitucional: “dimensión normativa”, “dimensión orgánica” y “dimensión sociedad civil”. .....	63
D) ESTADO CONSTITUCIONAL.....	70
§ 7. El Estado constitucional de derecho.....	70
a) Del Estado legal al Estado Constitucional de Derecho.....	71
b) Los caracteres del Estado Constitucional de Derecho.....	72
CAPÍTULO III .....	79
ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA .....	79
A) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ALEMANIA.....	79

§ 8. Introducción .....	79
§9. Discrecionalidad de la Administración y su control en la doctrina alemana. ....	80
§10 Teoría reduccionista de la discrecionalidad .....	84
§11 Teoría unitaria. La vinculación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad y con el margen de apreciación .....	86
a) Las diferentes variantes de la teoría unitaria en el derecho alemán. ....	87
§12. La discrecionalidad administrativa como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo .....	93
a) Los dos procesos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa .....	95
b) La sustitución del operador permisivo (podrá) por el operador imperativo (deberá) como resultado del ejercicio de la discrecionalidad. ....	96
§13 La discrecionalidad administrativa desde una perspectiva de actuación .....	97
§14 La autonomía o independencia de la administración como fundamento de la discrecionalidad administrativa en Alemania .....	98
a) Discrecionalidad y teoría de la esencialidad .....	100
B) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA Y ESPAÑA	
102	
§15. El estado de la cuestión en los países hispanohablantes: La clásica distinción cuantitativa entre actividad reglada y actividad discrecional .....	102
a) La tesis de SESIN. ....	105
§16 Recapitulación. Los rasgos esenciales que presenta la noción clásica de la discrecionalidad administrativa .....	107
§17. El Estado actual de la Jurisprudencia de la CSJN Argentina en materia de discrecionalidad administrativa .....	113
a) Lineamiento generales de la doctrina de la CSJN. ....	113
b) Análisis de los conceptos más relevantes de los fallos de la CSJN .....	115
CAPÍTULO IV .....	122
ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DEL MARGEN DE APRECIACIÓN .....	122
A) DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....	122
§18. Liminar .....	122
a) El principio de la única solución justa y la integración o concreción de los conceptos jurídicos indeterminados .....	124
§19 La unidad de solución justa como eje central en el derecho argentino. ....	127
§20 La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad. ....	130
a) Un ejemplo de la dogmática alemana para escindir discrecionalidad de conceptos jurídicos indeterminados .....	132

§21 La asimilación entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad en la zona de incerteza o incertidumbre. ....	133
§22 El fallo “Chevron USA inc. V. Natural Resources Defense Council” (1984). La inexistencia de una delimitación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en el derecho norteamericano. La inmunidad judicial respecto de la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados .....	137
a) Antecedentes y cuestión debatida del caso “Chevron” .....	138
b) La decisión del Tribunal de apelaciones del Circuito (DC). ....	138
c) El núcleo del debate en el marco de la apelación .....	139
§23 El control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados. ....	145
a) Control restringido y control plenario de la doctrina alemana.....	145
b) El control de los CJI por parte de la jurisprudencia nacional. La “única solución justa integral que tiene en cuenta el complejo jurídico vigente de normas arrancando desde la ley fundamental” .....	146
B) DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN.....	150
§24 La doctrina margen de apreciación (Beurteilungsspielraum).....	150
§25 El control jurisdiccional del margen de apreciación .....	153
a) La jurisprudencia del Tribunal Constitución Alemán y el reconocimiento de márgenes de apreciación en la aplicación y concreción de conceptos normativos indeterminados .....	158
b) El margen de apreciación en materia de exámenes profesionales .....	160
§26 La teoría del margen de acción .....	162
CAPÍTULO V .....	165
LA BASE DOGMÁTICA PARA UN NUEVO ENFOQUE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	165
§27.- Introducción .....	165
§28 Acerca de cómo y por qué se debe reconstruir la base dogmática .....	166
§29 Nociones básicas de la Teoría General del Derecho. ....	170
a) Normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas. ....	171
§30 Conclusiones preliminares: Estructura de las normas y discrecionalidad. Distinciones .....	194
CAPÍTULO VI .....	199
LOS SENTIDOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA .....	199
A) DISCRECIONALIDAD DÉBIL .....	199
§31 Planteo de los problemas .....	199
§32 Problemas que presenta la discrecionalidad en sentido débil.....	199
§33 Acerca de los fundamentos del deber de expedirse de la Administración Pública.....	200

§34 El sistema normativo de la Administración y el principio de clausura .....	202
§35 Una breve reconstrucción de los problemas que afectan a los conceptos jurídicos indeterminados .....	208
§36 Crítica a los que niegan la “discrecionalidad” del operador con relación a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados .....	209
§37 Conclusiones preliminares .....	212
B) DISCRECIONALIDAD FUERTE .....	215
§38 Introducción .....	215
§39 Aclaraciones previas .....	216
§40 Los poderes discrecionales no pueden explicarse bajo la noción de “permisos” .....	217
§41 Un intento de reconstrucción positivo y normativo de la discrecionalidad fuerte .....	220
§42 Los límites de la discrecionalidad fuerte .....	225
§43 Conclusiones .....	228
CAPÍTULO VII .....	235
PODERES DISCRECIONALES Y CONTROL JUDICIAL .....	235
§1. Introducción .....	235
§2. La estructura normativa de los derechos fundamentales y su compatibilidad con la ponderación de principios .....	237
§3.- El caso de derechos sociales como derechos fundamentales que exigen prestaciones activas del Estado .....	243
§4. El estándar exigido por la “Prohibición de Protección Deficiente” (Untermassverbot) .....	246
§5.- Un caso objeto de estudio: El caso “Q” de la CSJN .....	248
a) Operatividad del derecho a la vivienda: .....	249
b) Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial: .....	249
c) Disponibilidad de los recursos estatales: .....	249
§6. El análisis de la proporcionalidad de las decisiones de la Administración Pública .....	250
§7. Interrogante abierto y desafíos: el problema de la escasez de recursos .....	257
§8. Conclusiones .....	258
SECCIÓN 2º .....	260
NOTAS AL CAPÍTULO II Y III – .....	260
GÉNESIS DEL ESTADO DE DERECHO .....	260
§1. Introducción .....	260
§2. El período antiguo y la Edad Media .....	261
a) La antigüedad .....	261
b) El período medieval .....	264

§3. La transición hacia el Estado Moderno.....	275
§4. El surgimiento y la consolidación de la doctrina de la soberanía de la modernidad.....	278
§5. La reacción frente a la Monarquía Absoluta.....	282
a) Las prerrogativas (o facultades discrecionales) en la obra de LOCKE. La vinculación concreta y efectiva con los actos de gobierno o institucionales y las cuestiones políticas no justiciables .....	282
b) MONTESQUIEU y la exaltación de la doctrina de la separación de los poderes ¿La existencia de un cuarto poder discrecional? .....	288
§6. El desenlace del período.....	293
§7. Conclusiones preliminares en torno a la discrecionalidad.....	294
NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII.....	297
Cuestiones no justiciables en el derecho comparado .....	297
FRANCIA.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
§1. Introducción .....	297
a) Actos políticos y actos administrativos. El <i>objetivo político</i> y el <i>móvil político</i> .....	300
b) La necesaria habilitación constitucional y la innecesaria habilitación legislativa para dictar actos de gobierno. ....	301
c) El “objetivo” político.....	304
d) El móvil político.....	307
e) Los diferentes criterios para distinguir los actos de gobierno. ....	308
f) Breves referencias a la delimitación jurisprudencial del acto político o de gobierno..	310
g) La concepción doctrinaria actual del acto de gobierno. ....	315
§2. Alemania.....	316
a) Los perfiles constitucionales de la separación de los poderes en el Tribunal Constitucional Alemán: el binomino “Gobierno”/ “Administración”, la “reserva de Administración” y los ámbitos “esenciales o nucleares”. Las cuestiones políticas no justiciables ( <i>justizfreien Hoheitsakte</i> ) .....	319
b) La “Judicialización de la política”.....	323
c) El segundo período en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. ....	324
d) La sentencia de 18 de diciembre de 1984 y el inicio del <i>tercer período</i> . De una administración subordinada a la ley hacia una administración “dirigida” por la ley. ....	326
§3. Estados Unidos de Norteamérica. ....	328
§4. Derecho Español .....	340
§5 Sinopsis general .....	357
A) FRANCIA.....	357
B) ALEMANIA .....	362
C) ESTADOS UNIDOS .....	364



D) ESPAÑA .....	366
NOTAS AL CAPÍTULO II, II Y VII LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIAIBLESEN ARGENTINA.....	371
§1. Las cuestiones políticas no justiciables.....	371
NOTAS AL CAPÍTULO II, III Y VII.....	387
FRANCIA: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES .....	387
§1. Soberanía y división de poderes en la formación histórica del Estado Francés .....	387
a) La separación de poderes en la Constitución de 1791.....	392
b) La consolidación normativa de la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial .....	394
§2. El desarrollo de las potestades discrecionales en las primeras constituciones francesas .....	399
a) La Constitución de 1830. De la III a la V república. “Gobierno”/“Administración”, actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional.....	403
b) La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional.....	407
§3. El “control mínimo” de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés.....	412
§4. El control de la calificación jurídica de los hechos .....	413
§5. La concepción actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales .....	416
§6.- Sinopsis. ....	419
NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII .....	433
ESTADOS UNIDOS: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES. ....	433
§1. Introducción. ....	433
§2. El debate por los poderes discrecionales .....	436
§3. La inmunidad judicial de las potestades discrecionales y de los actos políticos. A propósito de “Marbury v. Madison” .....	439
§4. El tránsito hacia la consagración normativa del control de la discrecionalidad administrativa. El surgimiento de la doctrina de la deferencia y la evolución de la distinción entre “política” y “administración” .....	446
§5. La consolidación del control jurisdiccional de la administración. A propósito del New Deal .....	450
§6. De la inmunidad judicial a la limitación de las potestades discrecionales. A propósito de “Humphrey’sExecutor v. UnitedStates” (1935).....	454
§7. Hacia un cambio de paradigma: la sanción de laAdministrativeProcedureAct (A.P.A.) .....	456



§8. La cristalización del cambio de paradigma: un núcleo amplio de inmunidad judicial de la discrecionalidad administrativa y del margen de integración de los conceptos jurídicos indeterminados bajo el amparo de la doctrina de la deferencia .....	457
§9. El fallo “Chevron USA inc. v. Natural ResourcesDefense Council” (1984) .....	464
§10. La extensión posterior de la doctrina de la deferencia en “Stinson v. UnitedStates”. .....	468
§11. Sinopsis jurisprudencial .....	469
§12. Síntesis y conclusiones: el panorama general en torno a la discrecionalidad en los Estados Unidos .....	470
NOTAS AL CAPÍTULO II Y VII .....	474
LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA .....	474
§1.Introducción. ....	474
§2. Los primeros desarrollos teóricos de la discrecionalidad administrativa. ....	474
§3. Síntesis de los distintos tipos “dogmáticos” de discrecionalidad administrativa. ....	503
BIBLIOGRAFÍA .....	505



USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

## SECCIÓN 1º

### CAPÍTULO I

#### PLANTEO DEL PROBLEMA

La discrecionalidad administrativa tiene un presente que es el producto de una evolución constante, cuyos contornos continúan delineándose.

Gran parte de esa evolución, estuvo marcada por la clara tendencia a concebir a la discrecionalidad como un fenómeno político y no abarcable desde la óptica del Derecho. Estas concepciones extrajurídicas sobre la discrecionalidad, se encuentran vinculadas al desarrollo histórico del concepto y parten de la idea de un poder absolutamente “libre” y por ende, conceptualizado como un fenómeno extrajurídico o político inabarcable por el derecho.

Esa forma de concebirla encontró origen en la larga tradición consolidada a partir de la Edad Moderna, en donde se conformó se consideró a lo político y lo jurídico como *si se tratara de un sistema unitario*, puesto que el Estado se entendió como un concepto que engloba, simultáneamente político y jurídico<sup>1</sup>.

Nuestro punto de partida en torno a esta problemática será el inverso: la actuación de la Administración nunca es una actuación libre. En mayor o menor medida, todo el accionar de la Administración haya su fundamento en el Estado de Derecho y el consecuente principio constitucional de la división de poderes y en el llamado principio de legalidad. Es decir, el marco general de actuación de la Administración es la legalidad.

Con esto se empieza a decir “algo” pero aún tampoco se dice “mucho”. Que el actuar de la Administración está vinculado y limitado por el derecho hoy en día resulta una obviedad. Así como el resto de los órganos del Estado también se encuentran sometidos a la legalidad; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se constituyen conforme a la Constitución y no en un estado natural que dimanase de una suerte de legitimidad preconstitucional.

En este sentido, debe entenderse que la división de poderes es independencia constituida por el Derecho y, a la vez, un principio y una premisa constitucional básica para el funcionamiento del sistema.

---

<sup>1</sup>LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª Ed. al español, traducción de TORRES NAFARRATE, Javier, con la colaboración de ERKER, Brunhilde, PAPPE, Silva y SEGURA, Luis Felipe, Herder, Mexico, 2005, p. 474.

De este modo, el primer marco de referencia de la discrecionalidad o de los poderes discrecionales, es el ámbito determinado por el sistema normativo<sup>2</sup>. Así, creemos que hoy carece de sentido, hablar de “reglado – discrecional”, toda vez que en mayor o menor medida, todo el actuar de la Administración es reglado<sup>3</sup> (lato sensu).

Por ello nuestro primer objetivo será demostrar que la discrecionalidad es un fenómeno jurídico vinculado con la aplicación de normas en el que pueden distinguirse dos facetas diferenciables analíticamente.

La primera que podríamos llamar “discrecionalidad débil”<sub>1</sub>, referida a la aplicación fáctica de normas regulativas. Esta discrecionalidad está más estrechamente vinculada a la ley y limitada la discreción de quien resulte operador/autoridad normativa.

La segunda vinculada a la noción de “poder” conferido por el derecho y vinculada, por lo menos, con dos tipos de normas: constitutivas y regulativas. En el último caso, sí y solo sí esas normas regulan el modo en el que el operador debe cumplir adecuadamente su *rol institucional* (de allí que vincule al sistema de la autoridad normativa). Esta segunda forma de concebir la discrecionalidad podría denominarse auténtica discrecionalidad<sub>2</sub> o “discrecionalidad fuerte”<sup>4</sup>.

En pos de la consecución de este objetivo nos abocaremos a la tarea de describir en qué consiste la discrecionalidad, es decir, qué es lo hace un órgano cuando actúa discrecionalmente. También nos dedicaremos a reconstruir de dónde surge o desde cuándo podemos decir que un órgano tiene discrecionalidad; es decir, desde las fuentes de la discrecionalidad. Ambas perspectivas nos permitirán demostrar que la discrecionalidad es un cierto margen de *libertad* de acción en la toma de decisiones. Pero lo más relevante en esta investigación, consiste en unificar bajo un concepto común de qué se trata *esa* libertad.

Esta manera de (re)pensar a la discrecionalidad presenta tres claros objetivos. Primero optimizar los controles judiciales sobre la discrecionalidad administrativa. Segundo, *limitar* en ciertos casos, el ámbito de lo controlable. Tercero, dar cuenta de una

<sup>2</sup> Esto no es más ni menos que la “rosquilla” de Linares, donde la libertad ocupa el centro de ésta la que se encuentra rodeada por los contornos, es decir, el sistema normativo.

<sup>3</sup> Aquí no entendemos por reglado a la concepción clásica que afirma que cuando algo es “reglado” no habría margen de opción para la Administración.

<sup>4</sup> Se utiliza la terminología de DWORKIN pero con distinta significación, sobre todo, porque no compartimos la idea del profesor americano sobre la existencia de la respuesta correcta única a la que el juez (Hércules) debe llegar en caso de lagunas aplicando la moral subyacente en el sistema, la que es de *imposible determinación* e, incluso, aun cuando pudiera determinarse en un sistema normativo pueden *coexistir* varias morales subyacentes.

*técnica específica* de control de la actividad Administrativa, derivada del principio de proporcionalidad.

De allí que como objetivo global, pretendemos desarrollar una formulación de la discrecionalidad que impida que se siga utilizando la noción para abrir las puertas al ejercicio arbitrario, ilegítimo o abusivo por parte de la Administración so pretexto de una “apariencia”<sup>5</sup> de superación del test de compatibilidad con la juridicidad.

En resumidas cuentas: nuestra hipótesis central es que el problema de la discrecionalidad es propio de la teoría general del derecho y se da en todos los órganos que constituyen el Poder del Estado<sup>6</sup>. Además, existe y debe desarrollarse dentro de un marco de referencia normativo (*sistemas normativos constitucionales*).

Para el logro de los fines propuestos, se utilizará un método: el método analítico, que dar cuenta de la teoría general de las normas. A la vez, respecto de los principios, se seguirán los desarrollos teóricos de ALEXY y sus discípulos, para compatibilizar los postulados analíticos con la teoría de las fuentes sociales del derecho<sup>7</sup>.

Ahora bien, en la primera parte de este trabajo se pasará revista al origen histórico de la categoría pues permite explicar el contexto en el que surge el concepto – lo que podríamos denominar el análisis de los primeros paradigmas sobre la discrecionalidad – en los sistemas jurídicos más relevantes: el sistema Francés, el sistema Norteamericano (el primer Estado Constitucional moderno) y el sistema Alemán, país donde se forja la noción de Estado De Derecho y los desarrollos teóricos más profundos acerca de la discrecionalidad.

Por último, creemos importante realizar una aclaración acerca de la importancia de la reconstrucción histórica. Ésta no es un lujo literario, sino por el contrario, constituye un análisis indispensable para entender el funcionamiento actual de su (tradicional) dogmática jurídica a los fines de proponer su reconstrucción. Ello, en la medida en que se encuentran presentes ciertas connotaciones que se explican sólo desde su dimensión histórica;

<sup>5</sup> El formato aparente puede estar asociados a concepciones de la Discrecionalidad como las que sostiene entre nosotros SESÍN, cuando sostiene que esta se configura cuando basta “sólo dos alternativas igualmente justas para poder hablar de discrecionalidad”.

<sup>6</sup> La discrecionalidad como supraconcepto perteneciente a la teoría general del derecho fue advertido, entre nosotros, por CASSAGNE, Juan Carlos, en su artículo *La discrecionalidad administrativa*, disponible en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>. Ese trabajo, constituye nuestro punto de partida de la tesis que presentamos.

<sup>7</sup> Desde nuestra perspectiva, el derecho es un fenómeno social y no mera lógica formal de aplicación de normas, cuestión que es reconocida (incluso) por la corriente de análisis lógico del Derecho.

particularmente, porque se ha otorgado cierta preminencia a su finalidad política, con lo que su análisis nos permitirá emitir un juicio fundado acerca de si esas notas deben ser mantenidas en el marco de un nuevo paradigma.

Juan Gustavo CORVALÁN

Buenos Aires, 18 de marzo de 2015



USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

## CAPÍTULO II

### PRESUPUESTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES

#### A) SOBERANÍA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

##### § 1. *Introducción*

Los estados democráticos actuales del mundo tienen un común denominador: un diseño institucional basado en una constitución. Las democracias de hoy se caracterizan por la expresión del ideal de que el gobierno está sujeto a ciertos límites consagrados en última instancia en dicho instrumento<sup>8</sup>.

Como con acierto señala FERRAJOLI, la historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares<sup>9</sup>.

Esto conlleva a que nuestro tiempo pueda ser calificado, en el decir de BOBBIO, como “el tiempo de los derechos”<sup>10</sup>: hoy puede hablarse de la positivización, universalización, e internacionalización de los derechos humanos.

En síntesis: el reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de todas las constituciones democráticas modernas. A lo que se suma los sistemas de protección internacionales que, en última instancia, son los que se encuentran facultados para reaccionar en pos de proteger los derechos de los administrados frente a la arbitrariedad del Estado del que forman parte.

Desde otra óptica, la protección de los derechos humanos ha sido también asumida por la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN) cuyo principal exponente es FINNIS.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> ORONESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

<sup>9</sup> Son diversas generaciones de derechos que han sido producto de “conquistas”. FERRAJOLI, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Recopilación), 2º Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2001, p. 144.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASIS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 97.

<sup>11</sup> FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción del inglés de ORREGO, Cristóbal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. Destaca desde la visión iusnaturalista la existencia de derechos humanos absolutos.

En este capítulo, intentaremos brevemente sentar una base a partir de la cual se pueda analizar el fenómeno de la discrecionalidad del poder público. Para ello, es preciso abordar diversas instituciones centrales que conforman el hoy ya consolidado Estado constitucional: la soberanía estatal, el principio de división de poderes, la vinculación de la actuación de la Administración al derecho (principio de legalidad), las prerrogativas del poder público y la cuestiones no justiciables, aunque en muchos casos hemos decidido exponerlos en los Anexos<sup>12</sup> que acompañan la presente, si se pretende realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los temas que corresponden a este apartado.

## §2. *La soberanía estatal*

El nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho conserva una misma preocupación que ha estado presente en la historia del derecho público: “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público”. Es éste uno de los objetivos primordiales de la protección internacional de los derechos humanos<sup>13</sup>.

Luego de transcurrida más de una década del siglo XXI, podemos afirmar que se intensifica radicalmente el proceso refundacional de las ciencias jurídicas iniciado hacia mediados del siglo XX. Aun cuando el derecho constitucional se erige como pieza basal en la construcción del edificio jurídico, el nuevo escenario mundial y la aceleración de los profundos cambios producidos hace ya más de 60 años, plantean desafíos inéditos en las disciplinas del derecho<sup>14</sup>.

El derecho público se reconfigura al compás de trascendentes cambios culturales y tecnológicos que aceleran su proceso de transformación. En este complejo esquema, las ecuaciones Estado-ciudadano y derecho público-sus ramas, afrontan intrincados escenarios y se encuentran en plena búsqueda de su adaptación y reconfiguración de sus bases<sup>15</sup>.

Este fenómeno, por ejemplo, se evidencia en la rama del derecho público que mayores avances dogmáticos ha presentado en el último siglo. Así, uno de los máximos exponentes del derecho penal, Claus ROXIN, alerta acerca del cambio de paradigma<sup>16</sup> y de la reestructuración de los cimientos de la ciencia jurídico-penal.

<sup>12</sup> Principalmente en lo que se refiere a la Génesis del Estado de Derecho, las cuestiones no justiciables y la historia de la discrecionalidad en Francia, Estados Unidos, España y Argentina (Ver, Anexos I, II, III, IV, V y VI).

<sup>13</sup> Ver, CIDH, caso “Acevedo Jaramillo y otros”. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 213 y jurisprudencia allí citada.

<sup>14</sup> Una aproximación de estos aspectos en el derecho de familia puede verse en TAPIA, Mauricio R., *Constitucionalización del derecho de familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social*, en Revista de derecho de familia, N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 187–221.

<sup>15</sup> La obra monumental de FERRAJOLI es una muestra de ello. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.

<sup>16</sup> Expresamente ROXIN alude al “cambio de paradigma” en el proceso penal. Ver, ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, Grijley, Lima, 2007, p. 12.



El precitado autor<sup>17</sup> alude a las nuevas bases<sup>18</sup> a partir de las cuales se debe edificar al derecho penal: sistematización<sup>19</sup>, internacionalización<sup>20</sup>, funcionalidad, eficiencia<sup>21</sup>, coordinación, universalidad<sup>22</sup> y consenso<sup>23</sup>.

Como intentaremos demostrar, estas mismas variables constituyen la esencia y las pautas centrales a través de las cuales se decodifica el nuevo paradigma del derecho público.

Si partimos de la base de que el derecho constitucional ha de operar en dos sentidos, entonces, por un lado debe verificar la constante revisión de los dogmas tradicionales; por otro, debe poder constituirse como receptor de nuevas tendencias y aquí es donde el derecho administrativo también contribuye a forjar la dogmática y evolución del derecho constitucional<sup>24</sup>.

El derecho administrativo se debe edificar sobre los principios y valores constitucionales formales y sustantivos<sup>25</sup>, a la vez que representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional: es la “la praxis administrativa que ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales”<sup>26</sup>.

A partir del escenario planteado, a continuación evaluaremos el concepto tradicional de soberanía que ha sido presentado como un elemento esencial del Estado.

<sup>17</sup> Ver, ibídem, ps. 3 – 4. El autor plantea 6 puntos entre los cuales se encuentran los que nos parecen más relevantes y aplicables a todas las ramas del derecho público. Ídem.

<sup>18</sup> Aclaramos que ROXIN no lo plantea en este orden. Hemos seleccionado éstas nociones que evidencian los elementos que, a nuestro juicio, son centrales de sus tesis.

<sup>19</sup> En el derecho administrativo alemán, la sistematización es el eje central de la obra de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

<sup>20</sup> En la tesis de FERRAJOLI, uno de los factores que evidencian las crisis de la actual democracia constitucional, viene dado por el fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. El autor habla de un amasijo de la vieja estructura piramidal de las fuentes que se produce por la existencia de ordenamientos internacionales vinculantes. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, ps. 79–80.

<sup>21</sup> Según el célebre penalista alemán, la administración de justicia penal cada vez más se desliza hacia un pensamiento de eficiencia orientado en la llamada funcionalidad. Ver, ROXIN, Claus, *ob. Cit.*, p. 7.

<sup>22</sup> Según ROXIN, la ciencia jurídico penal supranacional debe elaborar de manera cooperativa la solución de tareas comunes. Se habla así de “universalidad de los métodos” de la ciencia jurídico-penal lo que podría determinar, según el autor, un Código Penal mundial en el ámbito del Derecho internacional penal. Ver, ibídem, ps. 19–30.

<sup>23</sup> En el derecho procesal penal, por ejemplo, ROXIN advierte una tendencia a sustituir el proceso penal contradictorio por un proceso consensual. De hecho, ROXIN se pregunta si en el futuro se necesitarán dos ordenamientos procesales, una contradictoria y otro consensual. Ver, ibídem, ps. 12-13.

<sup>24</sup> Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 15 y ss. Según este autor alemán, el derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional. Textualmente afirma: “La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales”. Ibídem, ps. 17-18.

<sup>25</sup> Las decisiones constitucionales fundamentales determinan los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos y ofrecen patrones o modelos para la actuación administrativa. Además, las normas constitucionales que contienen o regulan los objetivos y fines del Estado condicionan también la teoría de las funciones administrativas. Ver, ibídem, p. 51.

<sup>26</sup> Ver, ibídem, p. 17. Textualmente afirma el agudo autor alemán: “La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales”. Ibídem, ps. 17-18.

Sólo así podremos comprender acabadamente lo que acontece con el fenómeno de la discrecionalidad del poder público.

#### a) La clásica concepción de la soberanía estatal.

La pieza central del derecho público actual es la democracia constitucional<sup>27</sup>. Como bien afirma FERRAJOLI, este paradigma todavía es embrional<sup>28</sup> y continúa extendiéndose.

Si el nuevo escenario viene signado por la aceptación de un Estado constitucional de derecho<sup>29</sup> y por una democracia constitucional<sup>30</sup>, entonces ambas nociones son las que deben moldear al derecho administrativo actual<sup>31</sup>.

Pero un adecuado análisis acerca de las nuevas bases sobre las que se debe reedificar el derecho administrativo y sus categorías (esencialmente la discrecionalidad), presupone considerar una de las categorías centrales de los Estados: la soberanía estatal<sup>32</sup>.

Veamos.

La soberanía estadual constituye el cimiento sobre el que se asientan algunos de los principios más básicos y fundamentales del derecho internacional; entre otros, el de no intervención en los asuntos internos, el de igualdad soberana, y el de integridad territorial<sup>33</sup>. A su vez, la noción de soberanía se erigió como la característica central de los Estados<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Ver, CSJN, “Bussi Antonio Domingo c/ Est. Nac.”, sentencia del 13 de julio de 2007, considerando 11º, párrafo cuarto y FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 10.

<sup>28</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2º Ed., Trotta, Madrid, 2010, p. 35.

<sup>29</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7º Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2010, p. 152 y FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, p. 801 y ss.

<sup>30</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, p. 35. En consonancia, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 52.

<sup>31</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 53.

<sup>32</sup> CARRÉ DE MALBERG presentó a mediados de siglo XX la noción de soberanía de modo similar que en la Edad media. Así, destacó textualmente: “Así como en la Edad Media el término soberanía servía para señalar el carácter supremo de la potestad que le pertenecía al rey en el interior del reino, también los fundadores revolucionarios del derecho público moderno en Francia han calificado a la potestad nacional de soberanía, para especificar debidamente que esta potestad es de una esencia superior a cualquier otra, que está por encima de toda otra potestad...”. Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 189.

<sup>33</sup> Además, la noción de soberanía funciona como el principio que subyace a todo el aparato teórico de las fuentes del derecho internacional público. Ver, BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, en PINTO, Mónica (compiladora), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, con cita de HENKIN, Louis, *International Law: Politics and Values* 10-12 (1995; JACKSON, John, *Sovereignty, the WTO and the Changing Fundamental of International Law* 57-59), 2006, p. 32.

<sup>34</sup> Adviértase hasta qué punto la noción de soberanía representó para los estados que CARRÉ DE MALBERG la consideró en Francia, como la característica esencial del Estado y su potestad. “La característica central del derecho público francés”. Textualmente afirmó el precitado autor francés: “...entre todos los caracteres inherentes a la potestad del Estado francés, el más importante es la soberanía”. Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *ob. Cit.*, p. 188. En contra, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*,

con rasgos definitorios<sup>35</sup> que hoy mayoritariamente se los considera obsoletos<sup>36</sup>, no obstante en diversos autores se observa un propósito claro de postular a la soberanía como absoluta, autónoma y que existe en un estado de naturaleza<sup>37</sup>.

Como no es objeto de nuestro estudio denostar o afirmar la construcción teórico-normativa actual de la soberanía<sup>38</sup>, pretendemos simplemente evidenciar las modificaciones a las que se ve sometida su concepto clásico como consecuencia de su ajuste al nuevo paradigma.

La noción tradicional de la soberanía hasta mediados de siglo XX, sustituyó al rey y al pueblo por el Estado mismo personificado, determinando la configuración de los derechos fundamentales como límites internos (autolimitaciones<sup>39</sup>) aunque podía disponer sobre ellos<sup>40</sup>. En esta concepción se elaboró la teoría organicista según la cual el pueblo y el territorio se presentaron como elementos centrales del Estado<sup>41</sup>.

Conjuntamente con la noción de soberanía clásica, también se postuló la transformación<sup>42</sup> de la noción de “pueblo soberano”<sup>43</sup>, en el sentido de que no había

---

traducción de la segunda edición alemana y prólogo por DE LOS RIOS, Fernando, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 601 y ss.

<sup>35</sup> Entre muchas otras concepciones doctrinales, tomamos como ejemplo la que postuló la doctrina alemana de fines de siglo XIX. Así, la soberanía estatal se concibió en los siguientes términos aunque refiriéndose al estado de excepción: “En el caso del estado de excepción, de una situación anormal existencialmente peligrosa, incapaz de ser dominado por medios normativos, la soberanía rompe los límites normativos, impone lo ilimitado, según la expresión de Otto Mayer. De este hecho, o sea, de la soberanía estatal se ha querido inferir que no es posible una vinculación del Estado por el Derecho ni derechos contra el Estado”. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 264 y doctrina citada en nota 24. Cabe aclarar que el autor no estaba de acuerdo con esta concepción dogmática. *Ibidem*, p. 264 y ss.

<sup>36</sup> Más tajantes son las palabras de FERRAJOLI para quien “...caen todos los presupuestos y todos los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa”. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 145.

<sup>37</sup> KENNEDY habla de una “obsesión” para presentarla de ese modo. Ver, KENNEDY, David, *International Law and The Nineteenth Century, History o fan Illusion*, 17 Quinnipiac L. Rev. 99 (1997-1998), p. 118, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, p. 71.

<sup>38</sup> Un adecuado estudio al respecto puede verse en BARREIROS, Lucas E., *ob. Cit.*, p. 31 y ss.

<sup>39</sup> La limitación puede apreciarse en la obra de CARRÉ DE MALBERG. Se hablaba de que ningún órgano nacional, ni siquiera el cuerpo legislativo, podía absorber la voluntad nacional. Afirmaba en tal sentido el célebre autor francés: “La potestad suprema de voluntad estatal no reside en particular en ningún órgano: está en la nación, actuando por el conjunto de sus órganos, y por órganos compuestos por individuos cuyo título provisional está sujeto a revocación o renovación”. Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 189.

<sup>40</sup> Tempranamente en nuestro país BIELSA advirtió que en el orden exterior la soberanía podía ser “refinada” cuando el Estado se obligaba voluntariamente por tratados o convenciones. Es decir, que se autolimitaba. Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2º Ed. aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 102.

<sup>41</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La Ley del más débil*, p. 140.

<sup>42</sup> Cuando menos, en la formulación histórica relevada en este estudio.

<sup>43</sup> Como afirma FERRAJOLI la idea fundamental en el derecho público parte de la metáfora antropomórfica del “Estado-persona” u “hombre artificial” (concepción dominante en la doctrina iuspublicista) a la que se asocia la soberanía como esencia o como “alma artificial” y además como poder absoluto. Una fuente suprema y no derivada que se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 134. Por

fuentes normativas vinculantes al Estado en el exterior<sup>44</sup>. KELSEN desde antaño sostuvo que la primacía del derecho nacional se asentaba en la construcción de la soberanía<sup>45</sup>.

Tradicionalmente la soberanía es definida como la capacidad del Estado para determinarse a sí mismo en forma exclusiva desde un punto de vista político y jurídico<sup>46</sup>. Los “poderes” son los elementos mismos de la soberanía indivisible y, de ello, se desprende que cada órgano investido por representación de un elemento de la soberanía, resulta soberano en su ámbito<sup>47</sup>.

La soberanía, además, suele ser clasificada en cuatro aspectos<sup>48</sup>. “Soberanía legal internacional”, “soberanía westfaliana”, “soberanía doméstica” y “soberanía interdependiente”.

La *soberanía legal internacional* se refiere a las prácticas asociadas con el reconocimiento mutuo.

La *soberanía westfaliana externa*<sup>49</sup>, se relaciona con la organización política fundada en la exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad dentro de un territorio dado. Las normas internacionales son producto de la voluntad de los Estados en ejercicio de una soberanía<sup>50</sup> que, a su vez, es consecuencia del ejercicio de la soberanía de los

---

ello es que la “soberanía del pueblo” tampoco puede ser absoluta. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p.13.

<sup>44</sup> Se afirmaba que la soberanía interna era la verdadera soberanía pues implicaba superioridad. Ver, FAYT, Carlos, S., *Derecho Político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 272. Una síntesis esquemática de la concepción histórica y evolutiva de la noción de soberanía puede verse en ibídem, ps. 269 - 273.

<sup>45</sup> Textualmente afirmaba KELSEN: “La consecuencia más importante de la teoría que toma como base la primacía del derecho nacional, es la que el Estado cuyo orden jurídico sirve de punto de partida para elaborar toda esa construcción que tiene que ser considerado como soberano. Pues se supone que el orden jurídico de tal Estado es el orden supremo, sobre el cual no existe ningún otro orden jurídico”. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 404.

<sup>46</sup> Ver, FAYT, Carlos, S., *ob. Cit.*, p. 544. JELLINEK afirma que la soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole político, que sólo más tarde se ha condensado en una índole jurídica. Ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ps. 543-544.

<sup>47</sup> En este aspecto CARRÉ DE MALBERG sigue a DUGUIT. Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 760.

<sup>48</sup> Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, ps. 743-744. Esta misma clasificación es efectuada por KRASNER, Stephen, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, 20 (1999), ps. 3-4, nota 15, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 76-77.

<sup>49</sup> La soberanía en la teoría jurídica contemporánea, se presentó bajo dos facetas. En la interna, el Estado tenía el poder máximo y debía prevalecer sobre toda otra fuerza interna. En la externa, se evidenciaba la capacidad del Estado para mantener su independencia de toda subordinación a otro Estado. Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 310.

<sup>50</sup> SARMIENTO GARCÍA concibe a la soberanía en sentido estricto, como la “autarquía” y “exclusiva” competencia en relación a las cosas y al espacio -según la substancia y la forma de la actividad- aunque dentro del ámbito internacional, pero “sin dependencia del ordenamiento jurídico propio de cualquier otro Estado”. Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, en

habitantes de cada Estado.

La *soberanía doméstica*<sup>51</sup> o *interna*<sup>52</sup> se funda en la “fuerza dominadora” y en la voluntad autónoma del Estado<sup>53</sup>; se presenta como una potestad superior a cualquier otra<sup>54</sup> y se vincula con la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y con la capacidad de las autoridades públicas de ejercer un control efectivo dentro de las fronteras de la polis.

La *soberanía interdependiente* se refiere a la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de información, ideas, bienes, personas, entre otros, en las fronteras de un Estado<sup>55</sup>.

En suma, en sentido clásico la noción de soberanía suele ser caracterizada bajo los siguientes atributos: como un poder originario<sup>56</sup>, supremo<sup>57</sup>, incondicionado<sup>58</sup>, intangible<sup>59</sup>, exclusivo<sup>60</sup>, único<sup>61</sup>, absoluto<sup>62</sup>, perpetuo<sup>63</sup>, sobrehumano, indivisible<sup>64</sup>, inalienable y no sometido a las leyes<sup>65</sup>, o sólo a las leyes de Dios<sup>66</sup>.

Por tanto, podemos sintetizar la concepción clásica de la soberanía -en sentido amplio- bajo el

---

Estudios de derecho administrativo, T. X, Dike, Mendoza, 2004, p. 208.

<sup>51</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 135.

<sup>52</sup> Precisamente el término soberanía implicaba que el carácter de soberano en relación a las otras naciones o Estados. Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 100.

<sup>53</sup> Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 189.

<sup>54</sup> Ver, ídem. En idénticos términos en nuestro país, ver, BIELSA, Rafael, *ob. Cit.*, p. 100 y FAYT, Carlos, S., *Derecho Político*, p. 250.

<sup>55</sup> Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, ps. 743-744. Esta misma clasificación y su desarrollo puede verse en KRASNER, Stephen, *Sovereignty: Organized Hypocrisy* 20 (1999), ps. 3 - 4, nota 15, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 76-77.

<sup>56</sup> Según la concepción predominante el concepto de soberanía se concilia con el de *originarietá* del Estado, en cuanto éste se considera como ente capaz de autojustificarse y, por ende, no deriva de otro ente. Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, traducción de HERRERA, Claudia a la 6º Ed. Italiana publicada por CEDAM -2004-, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 80.

<sup>57</sup> “La afirmación de que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, significa que el Estado es una autoridad suprema” afirmaba KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 404. En consonancia, ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía*, en Tratado de ciencia política, Anthropos, México, 2007, p. 56.

<sup>58</sup> Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.*, p. 80.

<sup>59</sup> Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 750.

<sup>60</sup> Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 100.

<sup>61</sup> Ver, ídem.

<sup>62</sup> En la primera parte de la historia moderna se fue consolidando una noción de soberanía absolutista. Como poder supremo, independiente, incuestionado e incondicionado y garante del orden. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía*, ps. 58-59.

<sup>63</sup> Ver, ibídem, p. 59.

<sup>64</sup> Ver, DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo Premier, Théorie Générale de L'état, Fontemoing & C. Editeurs, París, 1911, ps. 350-352; también en ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.*, p. 59.

<sup>65</sup> Aunque hay que aclarar desde cierta óptica se afirmaba que “Decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico nacional es un poder por encima del cual no existe otro superior”. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 405.

<sup>66</sup> Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, p. 205. Estos rasgos o atributos de la soberanía se asemejan al pensamiento teológico de la suprema potestad divina. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.*, p. 59.



siguiente postulado: un Estado se autojustifica, es independiente, y es capaz de evitar condicionamientos por parte de otros estados<sup>67</sup>.

A partir de esta concepción, se conciben las “actividades soberanas”<sup>68</sup> que presentan tres tradicionales especies: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional<sup>69</sup>. El Estado en ejercicio de la “soberanía” produce normas jurídicas destinadas a regir y a regular las relaciones que se manifiestan dentro de su territorio<sup>70</sup>.

## b) La “decadencia” de la soberanía clásica.

Si bien es probable que se haya configurado una distorsión de la soberanía en relación a su concepción histórica<sup>71</sup>, lo cierto es que la gran mayoría de los autores que se han ocupado del tema, sólo conservan una noción de la soberanía ilimitada o absoluta<sup>72</sup>. Es aquí en donde se denuncia que se comienza a resquebrajar el paradigma del viejo Estado soberano, tornándose inadecuada u obsoleta la concepción de la soberanía clásica<sup>73</sup>. Puntualmente, se habla de “relativización”<sup>74</sup>, “eclipse”, “erosión” o “decadencia de

<sup>67</sup> Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, p. 80. Precisamente, como bien lo avizoró tempranamente Kelsen, “El problema de si el Estado es soberano o no, coincide con el de si el derecho internacional es o no un orden superior al derecho nacional”. Ver, Kelsen, Hans, *ob. Cit.*, p. 405.

<sup>68</sup> En la tesis de DUGUIT la soberanía era indivisible. No obstante, los diversos elementos que la constituían serían delegados por representación a un órgano distinto que, en esta lógica, serían independientes y soberanos en la esfera de soberanía que se les atribuyó por representación. Según el autor francés, cada órgano era soberano en su ámbito. Los poderes, desde la óptica de DUGUIT, se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno son concebidos como órganos. “Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada”. Ver, DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo Premier, ps. 350-351.

<sup>69</sup> Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.*, p. 83. Ello más allá de las teorías de la soberanía del Estado federal que admiten tres vertientes: i) la soberanía se divide, siendo soberano el gobierno central y los gobiernos regionales, cada uno en sus respectivas esferas; ii) su asiento está en las provincias o Estados locales y no en el federal; iii) sólo es soberano el Estado federal; las provincias o Estados locales son autónomos. Es ésta la postura que en nuestro país se forjó. Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, p. 207.

<sup>70</sup> DE VERGOTTINI destaca que la producción de normas jurídicas es un elemento común en todos los ordenamientos constitucionales, desde los más simples a los más complejos. Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.*, p. 85.

<sup>71</sup> Ver, BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 32-33.

<sup>72</sup> Entre otras, de la doctrina de la separación de los poderes. De hecho, la soberanía externa del Estado que se presentaba como una “libertad absoluta y salvaje”, a partir de la Carta de la ONU (1945) y de la Declaración Universal de derechos del hombre (1948), quedó subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, p. 144.

<sup>73</sup> Ver, *ibidem*, p. 150. Afirma luego en otro estudio: “...el Estado nacional está perdiendo autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el plano económico”. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 471.

<sup>74</sup> Según HÄBERLE, la apertura de la sociedad en lo interno tiene hoy su correspondencia en la apertura “hacia fuera”. Por tanto, el concepto clásico de soberanía se ha relativizado y el esquema interno/externo posee solamente un limitado valor cognoscitivo. Ahora, se habla de un Estado constitucional cooperativo o de la constitucionalización del derecho internacional en su conjunto. Ver, HÄBERLE, Peter, *La jurisdicción*

la soberanía”<sup>75</sup>.

Ahora bien, el comienzo de la mutación de la noción de la soberanía se ubica<sup>76</sup> en la finalización de la guerra de los treinta años (1914-1945)<sup>77</sup>. Concretamente, con la suscripción de la Carta de la ONU (1945) y la Declaración Universal de derechos del hombre (1948) aprobada por las Naciones Unidas<sup>78</sup>.

A partir de aquí, la noción de soberanía tradicional se comienza a plantear como insuficiente<sup>79</sup> para justificar y explicar “la cosa pública”<sup>80</sup>, o para “fundamentar una república”<sup>81</sup>. Inclusive, se sostiene que no puede ser expresada por medio del esquema superior/inferior del modelo jerárquico<sup>82</sup>.

Por el contrario, la inserción voluntaria de los Estados a un sistema jurídico-político supranacional vinculante<sup>83</sup>, determina el vaciamiento de la concepción tradicional de la soberanía<sup>84</sup>; tanto en el plano interno<sup>85</sup> -se licua con el Estado constitucional de derecho<sup>86</sup>-

---

constitucional en la sociedad abierta, en *Constitución, Derecho y proceso*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas, Perú, 2010, p. 608. En consonancia, ATTILI CARDAMONE afirma que la noción y realidad de soberanía o poder supremo se mantiene aunque ha perdido parte de las características que antaño privilegiaban y justificaban su omnipotencia. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía*, p. 67.

<sup>75</sup> Ambos lo afirman de modo expreso. Ver, SUPLOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 214 y ss. y ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La Ley del más débil*, p. 144 y ss. También en México se alude al “desgaste de la soberanía” o a su “crisis” Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, p. 315 y ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.*, p. 52. En Italia, DE VERGOTTINI ha destacado (sin suscribir a esta tesis) que en diferentes partes del mundo se habla de “eclipse o erosión de la soberanía”. Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, p. 84.

<sup>76</sup> Como luego podremos advertir de manera más precisa, si bien se considera a la finalización de la segunda guerra mundial, entendemos que los sucesos sobrevivientes en materia de derecho internacional contribuyeron de modo trascendental para cristalizar el cambio de paradigma.

<sup>77</sup> A partir de aquí comienza lo que SUPLOT llama la “decadencia de la soberanía”. Ver, SUPLOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 214. En similar sentido, TARDIF, Eric, *ob. Cit.*, p. 315.

<sup>78</sup> FERRAJOLI afirma que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 145. En consonancia, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 475 y ss.

<sup>79</sup> Más aún, según Kelsen si se acepta la hipótesis de la primacía del derecho internacional, entonces el Estado “no es soberano”. En esta hipótesis el Estado sólo podría ser declarado soberano en el sentido relativo de que el único orden superior al orden jurídico nacional es el orden jurídico internacional. Ver, Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 406.

<sup>80</sup> LUHMANN afirma que los asuntos públicos de nuestro orden social ya no pueden concebirse en el antiguo e indiferenciado sentido de la *res publica* entendida como la totalidad del bien común de la sociedad, o como el vértice jerárquico de la sociedad entera. Ver, LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, México, 2010, p. 87. Esta obra se tradujo al español de la cuarta edición en alemán: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 1999.

<sup>81</sup> Ver, SUPLOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 212.

<sup>82</sup> Ver, LUHMANN, Niklas, *ob. Cit.*, p. 88.

<sup>83</sup> Por eso se habla de que existe una traslación de competencias soberanas a un determinado organismo comunitario. Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 752.

<sup>84</sup> Fue Kelsen uno de los primeros autores en advertir este fenómeno. Así, el célebre autor concluía hacia mediados del siglo XX que el derecho internacional, a través de su principio de efectividad, determina el



como en el aspecto externo<sup>87</sup> -toda vez que los Estados y los sujetos, pasan a ser “sujetos” de derecho internacional-<sup>88</sup>.

¿Cuáles son los factores o elementos que determinarían la “decadencia de la soberanía”?

Según algunos autores, los derechos humanos, la globalización<sup>89</sup>, la revolución tecnológica y comunicacional, y la aparición de nuevos actores en el plano internacional. Estos factores han modulado profundamente<sup>90</sup> las bases sobre las que se asentó la

---

ámbito y la razón de validez del derecho nacional, por la cual la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional parece imponerse en virtud del contenido del derecho mismo. Sin embargo, aclaraba luego que el derecho internacional sólo es válido cuando es reconocido por el Estado. Textualmente sostuvo: “Después de que el Estado ha reconocido al derecho internacional, este orden, por su mismo contenido, determina el ámbito e incluso la razón de validez del orden jurídico nacional. Pero como este efecto sólo puede lograrse por el reconocimiento que el Estado hace del derecho internacional, el derecho internacional determina el ámbito y la razón de validez del derecho nacional sólo en un sentido relativo”. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 405.

<sup>85</sup> Desde otra óptica, se afirma que la soberanía no se vacía de contenido o licua, sino que el nuevo esquema estructural sienta “...serias limitaciones a la soberanía tanto en su dimensión de soberanía interna, en las relaciones de los ciudadanos con el Estado, como en la de soberanía externa o relaciones con la comunidad internacional”. Ver, GARCÍA ROCA, Javier, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/est/est3.pdf>, p. 119 y doctrina citada en nota 6.

<sup>86</sup> Por eso FERRAJOLI afirma que la antinomia soberanía-derecho queda resuelta con el Estado constitucional de derecho. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 147. Desde cierta óptica, se considera al Estado constitucional de derecho como nuevo paradigma jurídico. Ver, CEA EGANA, José Luis, *Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico*, en *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, ps. 43 – 56.

<sup>87</sup> Según FERRAJOLI, la historia de la soberanía corresponde a dos historias paralelas y opuestas. Por un lado la de la soberanía interna que es la historia de su progresiva disolución con el desarrollo de los estados constitucionales y democráticos de derecho. Por otro, la de la soberanía externa que, en cambio, es la historia de su progresiva absolutización que alcanzó su punto más alto a mitad en la segunda guerra mundial. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 476. En este nuevo escenario, como bien afirma GONZÁLEZ MORAS, ha quedado atrás la época en la que los estados nacionales podían decidir y actuar enteramente por sí mismos. Ver, GONZÁLEZ MORAS, Juan M., *Poder de policía global, (Intervención y autodeterminación social en el marco de los ordenamientos públicos globales)*, publicado en la obra colectiva, “*La criminalización de la protesta social*”, Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003, punto I. Esta afirmación, por cierto, también requiere de una breve y necesariamente incompleta explicación ad-hoc. La inobservancia de los regímenes universales y el posible aislamiento, sitúan al Estado por fuera de un sistema. Esta circunstancia, necesariamente trae aparejada una serie de consecuencias en múltiples campos; principalmente, en el económico. Por tanto, los beneficios económicos para un país, constituye un factor determinante para la inclusión voluntaria de los estados al sistema universal de derecho.

<sup>88</sup> Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 145. En similar sentido, ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, p. 848. El individuo en la cultura del constitucionalismo, tiene un status, una posición constitucional y también supranacional como titular de derechos subjetivos e incluso frente a su Estado al que puede demandar ante su jurisdicción exterior. Ver, GARCÍA ROCA, Javier, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, p. 119.

<sup>89</sup> “La globalización transforma, sin duda, el poder del Estado”. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2º Ed., reimpresión, Lustel, Madrid, 2009, p. 471.

<sup>90</sup> Desde cierta óptica se afirma que es inviable una noción de soberanía absoluta a la luz del impacto reformador del orden jurídico comunitario. Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 757.

soberanía hasta mediados del siglo XX<sup>91</sup>.

Se plantea que la noción de pueblo soberano<sup>92</sup> que pone en crisis la distinción entre poder y autoridad, hoy retorna con la atribución de Autoridades independientes de un magisterio tecno-científico sobre el poder<sup>93</sup>.

Buscar la razón del poder en una instancia “soberana”, afirma SUPLOT, comienza a presentarse como una tarea inadecuada para explicar correctamente las reglas de funcionamiento de la sociedad. De ahí la conclusión de este autor: “La razón del poder ya no se busca más entonces en una instancia soberana que trasciende la sociedad, sino en reglas de funcionamiento inherentes a ésta”<sup>94</sup>. Reglas que, por cierto, sólo son validadas a la luz de un Estado constitucional bajo la utilización de parámetros jurídicos racionales y universales, en el marco de la concreción y efectividad de los derechos fundamentales.

### c) Hacia una articulación racional de la soberanía con el Estado constitucional de derecho.

La transformación de la soberanía estadual debe ajustarse al Estado constitucional. Y para ello, debemos comenzar a desarticular sus componentes para revisar las piezas que la componen. Tomemos el caso de nuestro país para ilustrar la cuestión. En Argentina la *soberanía interna* se concibe a partir de dos elementos: i) el pueblo y ii) su voto<sup>95</sup>. El pueblo es considerado la “fuente originaria” de todos los poderes y la soberanía se ejerce mediante la expresión del voto<sup>96</sup>.

En el plano externo, como lo expusimos, el ejercicio de la soberanía estatal permite

<sup>91</sup> Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, ps. 315-319. GORDILLO al poner de relieve el sistema supranacional e internacional, ha destacado que ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca. Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, T. I, 9ª Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003, p. II-3.

<sup>92</sup> MUÑOZ MACHADO señala: “...los ciudadanos titulares del derecho originario de la soberanía, no lo ceden totalmente con ocasión de las elecciones legislativas. Retienen, por el contrario, potestades correspondientes a la misma para transferir y legitimar con su participación otras instituciones, estatales o no, locales o supraestatales”. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 97.

<sup>93</sup> Según SUPLOT, El poder, la autoridad y la libertad constituyen las tres bases que dan cuenta de modo más apto para los tiempos modernos. Ver, SUPLOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 212.

<sup>94</sup> Ídem. La explicación del derecho posmoderno, afirma MUÑOZ MACHADO siguiendo a OST, puede hallarse en el fenómeno de la forma de una red. Es un derecho resultante de la fragmentación del soberano que “es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede ser un banco de datos”. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *ob. Cit.*, p. 473.

<sup>95</sup> El voto es un derecho y un deber. Ver artículo XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre.

<sup>96</sup> Ver, Art. 33 y 37 CN y CSJN, “Bussi”, sentencia del 13/7/2007, considerando 7º.

pactar, someterse o desvincularse voluntariamente al ordenamiento internacional y a los órganos internacionales<sup>97</sup>. Pero la democracia constitucional actual no admite que una voluntad mayoritaria viole los principios del estado de derecho o derogue los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos<sup>98</sup>.

O dicho de otro modo, el pueblo a través del voto y en ejercicio de la soberanía, no puede obrar ilimitadamente. Los límites vienen dados por ciertas reglas básicas que impone el Estado constitucional.

A su vez, el Estado constitucional densifica los estándares de juridicidad que modulan o condicionan el ejercicio de la soberanía, concepto que se debe ajustar a la luz de dos fenómenos concretos en el ámbito de nuestro país: i) por un lado, la adhesión a un régimen de derecho internacional que se internaliza y jerarquiza constitucionalmente ii) por el otro, la admisión de órganos jurisdiccionales internacionales para que tengan la última palabra en la aplicación de dichas normas internacionales que se incorporan a la constitución (art. 75, inc. 22 CN).

Aclarado esto, a *posteriori* la discusión de la soberanía actual trasunta por determinar hasta qué punto la normativa internacional y los organismos internacionales pueden “regular” o “decidir”, cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos en el seno de los estados<sup>99</sup>.

En línea con lo expresado con antelación, podemos concluir en que una soberanía absoluta o ilimitada resulta un contrasentido desde un punto de vista jurídico<sup>100</sup> y político. La analogía que se traza entre la soberanía del Estado y la soberanía del individuo, es válida cuando menos para sustentar que en ninguno de los dos planos puede haber libertad absoluta<sup>101</sup>. En ambas cosas deben ser siempre condicionadas<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma la naturaleza “convencional”, coadyuvante o complementaria del derecho internacional respecto del derecho interno de los Estados americanos. Ver, Preámbulo, tercer párrafo y Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, considerando segundo, párrafo segundo.

<sup>98</sup> Ver, CSJN, “Bussi”, considerando 11º, párrafo tercero.

<sup>99</sup> MUÑOZ MACHADO habla de la mundialización jurídica que pone en juego la soberanía del Estado al limitarla y subordinarla a grandes decisiones internacionales. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 458.

<sup>100</sup> BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, p. 38.

<sup>101</sup> Ver, *ibidem*, ps. 51-52.

<sup>102</sup> El ejercicio de la soberanía estatal no puede afectar a los derechos de otra Nación, de igual modo que el ejercicio de la libertad individual está condicionada al respeto de los derechos de los otros sujetos, de la comunidad, de las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Ver, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, artículo XXVIII.

*Y en esto encontramos el primer aspecto relevante para destacar: tanto la soberanía como la discrecionalidad (independientemente de su conceptualización) no pueden ser nunca entendidas como libertades absolutas (para ampliar ver capítulos V, VI y VII).*

En efecto, impedir una concepción de la soberanía absoluta e ilimitada, en esencia tiene por fin evitar que la misma se presente como un caballo de Troya de la arbitrariedad y de los más aberrantes crímenes contra la humanidad. Así, cuando un gobierno de turno obtiene concentración del poder por vía normativa o fáctica, la autodeterminación de los pueblos se ve seriamente condicionada o eliminada en su pleno ejercicio. El principio republicano, la división de poderes, la tutela judicial efectiva, son piezas determinantes para evitar la concentración y el abuso del poder que socavan o destruyen el ejercicio pleno de la soberanía popular.

Por ejemplo, postular que un delito de lesa humanidad es imprescriptible<sup>103</sup>, no tiene como objetivo avasallar la soberanía, la autonomía del legislador doméstico y/o barrer con la seguridad jurídica<sup>104</sup>. Implica admitir que el propio Estado al pactar con otros, pretende sustituir ciertas reglas, principios o pautas, con el propósito de juridizar, desinmunizar ciertas atrocidades que, so pretexto –entre otros- del principio de “soberanía ilimitada” pueden vaciar de contenido los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Y esto no es una cuestión de mayorías. Precisamente, los gobiernos que ejercen el poder estatal producto del ejercicio de la soberanía de un sector mayoritario de la población, no pueden invocar esa soberanía para violentar los derechos humanos de las minorías.

Resultan particularmente esclarecedoras las palabras de nuestra Corte Suprema:

*“Los que hoy se consideran satisfechos porque comparten el criterio de la mayoría, puede ser afectados por esas decisiones cuando cambien las proporciones. La historia enseña que las mayorías pueden tener momentos en que se aparte del buen juicio y del equilibrio, y en tales casos una persona puede ser excluida porque su comportamiento es contrario a la ética republicana. Una idea confusa en manos de una mayoría podría dar lugar a que una persona sea rechazada porque es anarquista, otra porque es socialista, otra porque se opone a un gobierno dictatorial, otra por*

<sup>103</sup> La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en su Preámbulo –párrafo séptimo- establece como necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su “aplicación universal”.

<sup>104</sup> En el artículo IV de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, no se aplique a los crímenes de guerra y de lesa humanidad.